

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

LETÍCIA DE ANDRADE VENICIO

**DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.415.727-SC: A INDENIZAÇÃO PELO SEGURO
DPVAT POR ABORTO OCASIONADO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO.**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

LETÍCIA DE ANDRADE VENICIO

**DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.415.727-SC: A INDENIZAÇÃO PELO SEGURO
DPVAT POR ABORTO OCASIONADO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO.**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora M.^a Daeane Zulian Dorst.

**CACOAL - RO
2016**

Venicio, Leticia de Andrade.

V459r Do recurso especial nº 1.415.727-SC: a indenização pelo seguro DPVAT por aborto ocasionado em acidente de trânsito/ Leticia de Andrade Venício – Cacoal/RO: UNIR, 2015. 51 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. Ma. Daeane Zulian Dorst.

1. Direito civil. 2. Morte - indenização. 3. Seguro obrigatório. 4. Aborto. I. Dorst, Daeane Zulian. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 347

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.415.727-SC: A INDENIZAÇÃO PELO SEGURO
DPVAT POR ABORTO OCASIONADO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO.**

LETÍCIA DE ANDRADE VENICIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.^a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Presidente

Professor M.e UNIR - Membro

Professor M.e - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, de fevereiro de 2016.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Marcos e Fabiana, as minhas irmãs Beatriz e Fernanda e ao meu querido esposo Elias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, por me sustentar na fé nos momentos difíceis e por permitir que finalizasse mais uma etapa de minha vida.

Aos meus pais Marcos e Fabiana, pelas orações, apoio e por sempre acreditarem no meu potencial.

Ao meu esposo Elias, por toda compreensão, paciência e apoio que teve comigo nesta fase final do curso.

As minhas irmãs Beatriz e Fernanda, por sempre estarem ao meu lado e vibrarem com minhas conquistas.

A minha orientadora, Professora M.^a Daeane, pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos.

As minhas amigas de curso, Caroline, Jessica, Milene, Mirlen, Edna e Izabela, com quem dividi cinco anos de alegrias, tristeza e estresse.

RESUMO

O trabalho em questão apresenta uma análise do acórdão do recurso especial nº. 1.415.727-SC que concedeu por unanimidade a indenização nos termos do artigo 3º, I da Lei nº 6.194/1974, para o caso de aborto oriundo de acidente de trânsito, inovando na jurisprudência pátria. Traz à baila as discussões quanto o início da personalidade jurídica, a diferença entre o marco inicial da pessoa natural e da personalidade jurídica, as teorias existentes e seus defensores (natalista, da personalidade condicional e concepcionista), abordando aspectos da responsabilidade civil, do contrato de seguro e da Lei nº 6.194/1974. Sabe-se que o seguro obrigatório de danos pessoais foi instituído em lei e possui caráter eminentemente social, socializando os riscos inerentes ao tráfego de veículos e pessoas na sociedade moderna. Sendo assim, quando ocorre uma colisão entre veículos, onde a vítima encontra-se gestante e por consequência do acidente ocorre o aborto, se faz necessário a aplicação correta da legislação e a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, para produzir justiça em sentido amplo e atender aos ditames constitucionais de dignidade da pessoa humana e respeito ao direito à vida. Para sua realização foi utilizado o método indutivo e o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica, bem como o estudo de caso.

Palavras-chave: Indenização por morte. Seguro obrigatório. Aborto. Direitos do nascituro. Início da personalidade jurídica.

ABSTRACT

The work in question presents an analysis of the judgment of the special appeal no. 1415727-SC which granted unanimously to compensation under Article 3, Section I of the Law n ° in case of abortion come from traffic accident, innovating in the homeland jurisprudence. Brings up the discussions as the beginning of legal personality, the difference between the starting point of the natural person and the legal personality, existing theories and their supporters (natalist, parole and Conceptionist personality), addressing aspects of tort, contract insurance and Law no. It is known that the compulsory insurance against personal injury was established by law and has eminently social, socializing the risks associated with vehicle traffic and people in modern society. Thus, when a collision occurs between vehicles, where the victim is pregnant and therefore the accident abortion occurs, it is necessary to correct implementation of legislation and the interpretation of our legal system as a whole, to produce justice in order wide and meet the constitutional principles of human dignity and respect for the right to life. For its realization was used the inductive method and the applied technical procedure was literature, as well as the case study.

Keywords: Compensation for death. Compulsory insurance. Abortion. Rights of the unborn . Home of legal personality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO	10
1.1 CONCEITO DE NASCITURO	10
1.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA.....	13
1.2.1. Teoria natalista	16
1.2.2 Teoria da personalidade condicional	18
1.2.3 Teoria concepcionista.....	19
2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DA LEI Nº 6.194/1974	23
2.1 CONTRATO DE SEGURO	25
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL	26
2.3 O SEGURO OBRIGATÓRIO E A SOCIALIZAÇÃO DO RISCO	31
3 O RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 –SC	34
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso propõe-se a analisar o acórdão do Recurso Especial nº 1.415.727, sistematizando com o disposto no artigo 2º do Código Civil, bem como a concessão no caso concreto da indenização por morte, nos termos do artigo 3º da Lei do Seguro Obrigatório - DPVAT.

Objetivo principal dessa pesquisa é identificar se no caso em análise do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC, o Superior Tribunal de Justiça adotou a melhor exegese ao aplicar a teoria concepcionista, além de estabelecer a aplicabilidade da Lei do Seguro obrigatório (DPVAT) nos casos de aborto oriundos de acidentes de trânsito.

A metodologia utilizada foi o método indutivo que é responsável pela generalização, ou seja, a partir de algo particular para uma questão mais ampla e geral.

Indução pode ser conceituada como um processo mental que parte de dados particulares constatados, para inferir uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

A indução parte de um fenômeno para chegar a uma lei geral por meio da observação e de experimentação, busca investigar a relação existente entre dois fenômenos para se generalizar. Nesse sentido, “o método indutivo procede

inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares.” (GIL, 2008, p. 10).

A técnica utilizada foi estudo de caso refere-se ao estudo minucioso e profundo de um ou mais objetos (YIN, 2001). Pode permitir novas descobertas de aspectos que não foram previstos inicialmente. De acordo com Schramm (apud YIN, 2001), a essência do estudo de caso é tentar esclarecer uma decisão, ou um conjunto de decisões, seus motivos, implementações e resultados.

Gil (2010, p. 37) afirma que o estudo de caso “consiste no estudo profundo e exaustivo de um ou mais objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento.” É possível então, definir o estudo de caso como: “[...] uma estratégia de pesquisa que busca examinar um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto. [...] Igualmente, estudos de caso diferem do método histórico, por se referirem ao presente e não ao passado.”

Nesse sentido, a pesquisa foca na discussão acerca do marco inicial da personalidade, a partir da leitura do art. 2º, do Código Civil, que prescreve: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

A importância do estudo é que ao analisar o acórdão do Recurso Especial nº 1.415.727, sistematizando com o artigo 2º do Código Civil e a concessão da indenização por morte, nos termos do artigo 3º da Lei do Seguro Obrigatório – DPVAT percebe-se uma inovação jurisprudencial sobre os direitos do nascituro em especial o início e fim da personalidade jurídica.

Aborda-se assim, no primeiro capítulo, a natureza jurídica do nascituro e suas teorias; já no segundo capítulo a pesquisa trabalha de maneira sucinta as principais características e finalidade da lei nº 6.194/1974, o contrato de seguro, responsabilidade civil e seguro obrigatório e a socialização do risco, para então, no terceiro capítulo analisar o acórdão do Recurso Especial nº 1.415.727-SC.

NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

1.1 CONCEITO DE NASCITURO

Segundo Ascensão (2008), a vida humana tem início com a singamia, definida pelos biólogos como a fusão entre o gameta feminino e masculino que faz surgir um genoma diverso do que o originou. Dessa feita, o embrião, consequência da penetração do espermatozóide no ovócito, passa a ser compreendido como um ser humano em potencial.

Nos dizeres de Rodrigues (2003), a palavra nascituro tem origem do latim e indica a existência de um ser concebido que ainda se encontra no ventre materno.

França (*apud* AMARAL, 2000, p. 217) define o nascituro como: “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”.

Do *latim nasciturus*, a palavra nascituro designa o ser humano que deverá nascer, que está por nascer. O nascituro, portanto, “é justamente aquele que foi concebido e ainda não nasceu” (TARTUCE, 2007, p. 85).

Assim, tradicionalmente, compreendia-se como nascituro a pessoa humana concebida por meio de fecundação *in anima nobile*, obtida naturalmente ou por meio de inseminação artificial, que tem existência no ventre materno e que é dotada de vida intrauterina.

Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo (2007, p. 36), o nascituro caracterizava-se como o “ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido”

Hodiernamente, com o desenvolvimento da biotecnologia e o avanço das técnicas de reprodução assistida, o conceito de nascituro ampliou-se, para além do indivíduo concebido no ventre materno, designa também o embrião humano, decorrente de fertilização *in vitro*. Segundo Flávio Tartuce (2007, p. 88), “[...] entendemos que a expressão nascituro deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado”.

Como assevera Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 230):

É bem verdade que, tradicionalmente, o direito tem-se preocupado com a proteção do nascituro sob a ótica patrimonialista. No entanto, o moderno conceito de nascituro, a impor a igualdade de tratamento entre o conceito pré-implantatório e o conceito já implantado no útero da mulher, inspira-se numa lógica não patrimonialista: “primeiro ser, depois ter”.

Nas palavras de Silmara Juny Chinelato (2007, p. 77), “deve-se incluir no conceito lato de nascituro o embrião pré-implantatório, diferenciando-se a capacidade de cada um e não a personalidade”.

Nesse diapasão, a natureza jurídica do nascituro é ponto relevante para analisar o início da personalidade jurídica. Pois é a partir da aquisição da personalidade que o homem torna-se sujeito de direito.

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo tanto no direito civil como no direito penal, embora não tenha todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção. (VENOSA, 2014, p. 143)

Entretanto, Almeida (2000, p. 175), em estudo profundo sobre a matéria, conclui que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmentilo. Não há nação que se preza (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código Chinês, art 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade, Quem afirma capacidade reconhece personalidade.

Sob o aspecto jurídico do nascituro é relevante o que dispõe o artigo 2º do Código Civil de 2002: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

A interpretação do artigo 2º do Código Civil pode levar a concluir que o início da personalidade e a consequente aquisição de direitos tem como requisito o nascimento com vida, entretanto esse entendimento não é unânime na doutrina e jurisprudência brasileira.

A legislação brasileira não definiu a natureza jurídica do nascituro. Nesse sentido doutrina e jurisprudência buscam conceituar essa figura no ordenamento através de diversas teorias.

Nesse ponto há controvérsias, por tratar-se inegavelmente de situação *sui generis*, já que o ser em análise possui biologicamente uma orgânica própria capaz de lhe fornecer a vida, porém não é portador, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, de “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (GONÇALVES, 2009 p.70).

Ainda sobre o tema, Nelson Nery Júnior (2009), defende que independente da viabilidade do ser nascido, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida e termina com a morte da pessoa natural, conforme disposto no artigo 6º do Código Civil. O nascimento com vida é caracterizado pela respiração do nascituro, no ambiente externo, ou seja, fora do ventre materno. No tocante a personalidade ensina que essa é atributo da dignidade do homem e elemento que faz sua figura viva se distinguir dos outros seres.

No direito, é a dignidade que atribui ao homem condição de sujeito de direitos, deveres e obrigações, é o atributo que impede que o homem seja objeto de direito, impede que o homem seja coisificado.

Para maior compreensão do tema, cabe diferenciar o nascituro da prole eventual, na medida em que esta nem mesmo foi concebida e consiste no filho que, futuramente, será gerado por alguém.

Conforme a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 184):

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dês que venha a ser concebido nos dois anos subseqüentes à morte do testador (art. 1.800, § 4º, CC).

Da mesma forma, não se confundem os conceitos de nascituro e natimorto, porque este identifica o ser humano que nasceu sem vida.

1.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA

O vocábulo pessoa, em sentido jurídico, é sinônimo de sujeito de direito e significa todo “ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres na órbita jurídica, ou seja, é aquele que poderá compor o pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 96). Assim, o termo abrange não só o ser humano, denominado pessoa natural, mas também a pessoa jurídica.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (2007, p. 62):

Duas, por conseguinte, são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a pessoa natural, também chamada pessoa física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano), e a pessoa jurídica, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum).

Dessa feita, toda pessoa, enquanto sujeito de direitos e obrigações, é dotada de personalidade e por isso é também titular nas relações jurídicas, adquirindo, exercitando, modificando, substituindo, extinguindo ou defendendo seus próprios interesses perante os demais (FARIAS; ROSENVALD, 2006). Isto porque, segundo Maria Helena Diniz, a personalidade jurídica consiste na “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (2007, p. 114).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 88):

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes.

Assim, no que diz respeito às pessoas naturais, a personalidade jurídica trata-se de atributo reconhecido a todos os seres humanos indistintamente, sem qualquer diferenciação de sexo, raça, cor, idade, estado de saúde ou nacionalidade e independentemente da consciência ou da vontade do indivíduo, como disposto no artigo 1º do Código Civil: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Segundo a lição de Arnaldo Rizzardo (2008, p. 138):

O sentido de toda pessoa “é pessoa no aspecto físico, como todo ser humano dotado de inteligência, abrangendo homens e mulheres, independentemente de raça, cor, credo religioso, tendência política, nacionalidade e outras notas particularizadoras, normais ou não [...]”.

Assim, a personalidade não se confunde com a capacidade. Sendo a primeira atributo absoluto e necessário para figurar como sujeito de direito e consiste na faculdade abstrata de ser titular de uma situação jurídica, a segunda é relativa, refere-se à aptidão para o uso e o exercício dos direitos pelo próprio sujeito e está subordinada a elementos relacionados com a idade e as condições mentais daquele.

De acordo com William Artur Pussi (2008, p. 31):

Personalidade e capacidade são institutos distintos, apesar de próximos. Assim, a personalidade é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e que acaba por materializar-se na capacidade. Dessa forma, a personalidade encontra-se como a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas, ou seja, é o pressuposto básico dos direitos e deveres. Por outro lado, o ser dotado de personalidade pode ser capaz. Assim, a capacidade é um plus face à personalidade [...].

Nesse sentido, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica e está apto a ser titular de direitos e obrigações. Entretanto, nem toda pessoa é capaz e pode exercer seus direitos ou praticar atos jurídicos pessoalmente, porque lhe falta capacidade jurídica para tal, por motivos diversos, sejam essas limitações orgânicas ou psicológicas. Em outras palavras, “para ser pessoa” basta que o homem exista e, para ser capaz “o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica” (DINIZ, 2007, p. 115).

Como assevera Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 214):

Não depende esta [a personalidade] da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.

Desse modo, a personalidade não pode ser negada ao indivíduo nem mesmo renunciada ou recusada por este, seja a título oneroso ou gratuito. Trata-se de direito personalíssimo, atributo inerente à condição humana.

A esse respeito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 98):

Conforme vem sendo exposto, na necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota na possibilidade de o titular ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da omissão legislativa em disciplinar a natureza jurídica do nascituro, embora garanta direitos ao que está por nascer, e do aparente conflito interpretativo no artigo 2º do Código Civil, emerge a discussão jurídico-doutrinária no que diz respeito do posicionamento do feto no ordenamento pátrio, notadamente na identificação do marco inicial da pessoa natural.

A respeito do que dispõe a legislação, no direito brasileiro, três correntes doutrinárias buscam fixar a natureza jurídica do nascituro e demarcar o início da

personalidade, quais sejam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.

1.2.1 Teoria natalista

A teoria natalista sustenta que o nascituro não tem vida independente, nem mesmo existência própria. O feto nada mais é do que parte das vísceras maternas, haja vista que “na fase gravídica, a mãe e o filho nascituro chegam a manter um órgão comum a ambos, que é a placenta” (SEMIÃO, 2000, p. 42).

Nesse contexto, a personalidade jurídica tem como marco inicial o nascimento com vida e, durante o período compreendido entre este e a concepção, o feto é tido como mera *spes hominis*. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “o nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial” (2004, p. 217).

Para os natalistas, portanto, o nascituro trata-se de mera expectativa de pessoa e possui meras expectativas de direitos, portanto apenas é considerado pessoa a partir da concepção para aquilo que a lei, taxativamente, considera ser-lhe juridicamente proveitoso.

Nas palavras de Silvio Rodrigues (2003, p. 36):

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

No mesmo sentido é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 162):

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele

capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.

Por fim, a teoria natalista, que a doutrina tradicional defende ser a adotada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo segundo, dispõe que a personalidade jurídica inicia-se após o nascimento com vida. “O nascituro não é e não pode ser dotado de personalidade jurídica, a personalidade civil somente é adquirida ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos.” (RODRIGUES, 2004, p. 36).

Assim, a respiração da criança após o parto, como prevê o artigo 53, §2º da Lei de Registros Públicos n.º 6.015/73, é o marco inicial da personalidade jurídica e não mera condição para a sua existência, segundo a teoria natalista.

Caso a criança nasça morta (natimorto), não há aquisição de personalidade jurídica, o Cartório registra o acontecimento em livro específico, conforme artigo 53, §1º, da Lei de Registros Públicos. Entretanto, se a pessoa nasceu com vida e houve respiração, ainda que falecido na ocasião do parto, serão feitos dois registros, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas, por força do §2º do mesmo diploma.

Compreende-se que os direitos atribuídos ao nascituro não são os mesmos garantidos ao recém-nascido, exatamente pela aquisição (ou não) da personalidade civil do nascituro. As normas brasileiras buscam proteger a expectativa e/ou surgimento de uma pessoa natural.

Destaca-se que o legislador determinou expressamente no artigo 6º do Código Civil o fim da existência da pessoa natural: “a morte é o fim da pessoa natural”. Entretanto, não há expressamente previsto no ordenamento brasileiro o marco inicial da pessoa natural.

Assim, ficou a cargo da ciência médica dizer quando se dá o início da vida humana, ou melhor, o início da pessoa natural.

1.2.2 Teoria da personalidade condicional

Para os autores que defendem a teoria da personalidade condicional, o nascituro, desde a concepção, é dotado de direitos e personalidade jurídica, sobre os quais, entretanto, pende condição suspensiva, consistente no nascimento com vida.

Assim, a existência do ser humano é admitida desde a concepção, porém o nascituro trata-se de uma pessoa virtual, na medida em que o efetivo reconhecimento de sua personalidade jurídica está necessariamente subordinado e vinculado ao eventual nascimento com vida.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida” (2007, p. 66).

Conforme Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo (2007, p. 39):

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Durante a gestação o nascituro, ainda que tutelado pela lei, tem personalidade jurídica condicional, eis que somente a proteção e o gozo dos direitos personalíssimos lhe são assegurados, porque absolutos, incondicionais e garantidos

a todos os seres humanos desde a concepção. Os direitos patrimoniais, por sua vez, apenas serão efetivamente adquiridos quando do nascimento com vida.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2007, p. 89):

A teoria da *personalidade* condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.

A eficácia dos direitos patrimoniais eventualmente atribuídos ao nascituro ainda no ventre materno fica, pois, subordinada ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, momento em que a personalidade jurídica passa a existir em sua plenitude, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois.

1.2.3 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista, com inspiração no Direito francês, têm grande peso doutrinário e vem alcançando destaque em decisões, os autores que filiam-se são: Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J.M. Leoni Lopes De Oliveira, Rubens Limingi Fraça, Francisco Amaral, José Ascensão De Oliveira, Flávio Tartuce, Silmara Juny A. Chinellato e Almeida, Teixeira de Freitas. (ALMEIDA, 2000)

Como assevera Benedita Inêz Lopes Chaves, “[...] a criança concebida é um ser humano, capaz de sensações e sentimentos e o nascimento não é um começo, mas um passo” (2000, p. 32).

De acordo com Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 221):

Se são as pessoas em ato, enquanto realidade estruturante do direito, a razão de ser de sua dinâmica intersubjetiva, e se a pessoa humana, pela “natureza das coisas”, é o próprio ser humano, ao conceito, que não é objeto relacional em hipótese alguma, não se pode desconhecer o atributo da personalidade desde a concepção, ou seja, a aptidão jurídica para figurar

como verdadeiro e atual sujeito de uma relação de direito. Mesmo porque, na perspectiva realista, quem é pessoa em sentido ontológico é também pessoa em sentido jurídico. Assim, o ser humano desde o início de sua existência é o fundamento natural do direito, e a juridicidade não é senão uma dimensão constitutiva de sua pessoa, já que o homem, também por natureza, tem sempre algo a reivindicar em termos de justiça.

Essa teoria subdivide-se em duas, a concepcionista pura ou incondicionada defende que o marco inicial da personalidade civil se dá com a fecundação do gameta masculino com o feminino, momento este em que surge um ser completamente individualizado, devendo ser visto desde já como um ser humano perfeito, ou seja, uma pessoa natural, possuindo os mesmos direitos daquele que já nasceu.

E a teoria concepcionista impura ou condicionada, defende que o nascituro é um ser detentor de personalidade civil, apenas se vier a nascer com vida. Nas palavras de Monteiro (2000, p. 66) o nascituro é na verdade, pessoa virtual, condicional, estando sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Assim, o nascituro é pessoa condicional e somente com o adimplemento da condição suspensiva, qual seja o nascimento com vida, será adquirida a personalidade jurídica ao nascituro desde a sua concepção.

Os defensores da teoria concepcionista argumentam que a personalidade jurídica do nascituro a partir da concepção está alicerçada no próprio Código Civil brasileiro, como é possível extrair das regras contidas nos artigos 1.609, parágrafo único (permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 542 (autoriza a doação ao nascituro) e 1798 (reconhece a capacidade sucessória do nascituro).

Assim, adotando uma leitura sistemática do Código Civil é perceptível o reconhecimento que a ordem jurídica confere ao nascituro, conferindo-lhe direitos e personalidade jurídica concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.

Além disso, o artigo 5º *caput* da Constituição Federal Brasileira e artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente preceituam sobre o direito a vida do nascituro, salvaguardando o direito a vida, consubstanciado no direito de nascer e reconhecendo o direito a assistência médica.

No mesmo sentido, o Código Penal reconhece o direito de nascer ao criminalizar o aborto nos artigos 124 a 128 do Código Penal, bem como ao sistematizar o aborto entre os crimes contra a vida, especificamente alocado no título dos crimes contra a pessoa, evidenciando o nascituro como pessoa natural.

No tocante as legislações internacionais destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 4º dispõe que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. E a Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica) acolhida regularmente no plano jurídico-interno, preceitua a proteção ao nascituro expressamente: “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei, em geral a partir da concepção”.

Nos dizeres de Antônio do Rêgo Monteiro Rocha (2007, p. 58),

acolhido constitucionalmente o Pacto de São José pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, imprescindível é a sua aplicação sistêmica perante o art. 2º da novel codificação civil, interpretando-se que o nascituro adquire personalidade civil a partir da sua concepção

Prelecione Almeida (2000, p. 175) que a partir da leitura do texto legal, conferindo proteção aos direitos do nascituro, não se pode negar a personalidade jurídica do nascituro, pois “quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade”.

Assim, o nascituro pode ser titular de direitos e durante a gestação falta-lhe apenas a capacidade para exercê-los por si só. Referida capacidade limitada, no entanto, não lhe retira a personalidade, consequência natural de sua condição humana, mas apenas o qualifica como absolutamente incapaz, nos termos do artigo 3º do Código Civil.

Não obstante o nascituro possa, desde a concepção, figurar como sujeito de direitos e obrigações, os efeitos de alguns dos direitos patrimoniais que lhe são reconhecidos, como a herança, o legado e a doação, dependem, necessariamente, do nascimento com vida (FARIAS; ROSENVALD, 2006).

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 36).

“embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidificação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher”.

Para os adeptos da teoria concepcionista, a aquisição da personalidade jurídica independe do modo como se dá a concepção, se no ventre materno, através de relações sexuais, ou *in vitro*, mediante técnicas de reprodução assistida.

2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DA LEI Nº6.194/1974

Antes de se analisar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a legalidade da indenização pelo seguro obrigatório DPVAT nos casos de acidente automobilístico terrestre com morte de nascituro, importante se faz tecer algumas considerações sobre as peculiaridades deste tipo de seguro.

O Decreto-lei n.º73/66 determina em seu art. 20, inciso I, com redação dada pela Lei nº 8.374/91 que é obrigatório o seguro por danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Assim, com o advento da lei n.º 6.194/74, surgiu o seguro obrigatório DPVAT que, conforme leciona o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009. p. 939), “passou a ser tratado como um seguro especial de danos pessoais destinados às pessoas transportadas ou não que venham a ser lesadas por veículos em circulação”.

A finalidade do seguro obrigatório possui cunho estritamente social, já que busca, diante da alta periodicidade na ocorrência de acidente envolvendo veículo automotor, garantir um ressarcimento mínimo às vítimas em face do dano sofrido, capaz de cobrir despesas imediatas.

O objetivo central da Lei 6.194/74 é amparar as vítimas de acidentes com veículos automotores em vias terrestres, em todo o território nacional.

Independentemente da apuração de culpa, todos os cidadãos têm direito ao DPVAT, em qualquer parte do Brasil, sejam motoristas, passageiros ou pedestres, vítimas de acidente de trânsito provocado por veículos automotores de via terrestre ou por sua carga. Não estão cobertos pelo seguro os danos causados por embarcações, bicicletas, trens e aeronaves. Ainda, destina-se apenas a danos pessoais (morte, invalidez permanente e despesas hospitalares), não estabelecendo qualquer cobertura para os danos materiais decorrentes de colisão, roubo ou furto de veículos.

Trata-se de um seguro de dano e cobre os prejuízos causados à vítima, mas não a responsabilidade do condutor.

A esse respeito Carlos Roberto Gonçalves (2009. p. 940.), dispõe que:

Sendo o fato gerador da obrigação unicamente a circulação do veículo, abstraída qualquer discussão em torno da culpa, seja do condutor, seja da vítima, a circunstancia de ter sido o evento deliberadamente procurado pela vítima suicida, por exemplo, não retira o caráter de imprevisibilidade para o motorista e não exclui a cobertura securitária. (...) Naturalmente, a finalidade de tal seguro, de cunho social, é cobrir danos resultantes de condutas normais dentro da sociedade e não amparar criminosos, cujo comportamento atenta contra a própria sociedade.

A lei prevê três tipos de coberturas, conforme as consequências do acidente sendo indenizações por morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médico-hospitalares, devidamente comprovadas.

Em casos de morte o artigo 3º da Lei n. 6.194/1974 fixa o valor de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), com juros a contar da citação e correção monetária desde a época dos fatos e são os beneficiários da vítima quem recebem a indenização.

O pagamento para os beneficiários obedece a critérios distintos, determinados pela Lei 11.482, de 2007. O marco divisório é a data em que o acidente aconteceu.

Acidentes ocorridos a partir de 29 de dezembro de 2006, o valor da indenização é dividido, em partes iguais, entre o cônjuge e/ou companheiro (a) e os herdeiros legais da vítima. Em casos de acidentes ocorridos até 28 de dezembro de 2006, o cônjuge ou companheiro (a) recebe a indenização em primeiro lugar, na falta de ambos, o direito passa para os filhos ou, nesta ordem, para pais, avós, irmãos, tios ou sobrinhos.

Na hipótese de os beneficiários serem declarados incapazes pela Justiça, a indenização será liberada em nome de quem tiver a tutela ou a guarda, ou for responsável pelo sustento ou despesas, mediante comprovação de alvará judicial.

Entretanto, existem divergências sobre a finalidade deste seguro obrigatório:

destina-se a atender as primeiras necessidades decorrentes de um acontecimento infausto, que apanha de surpresa as pessoas, e origina despesas repentinas e inadiáveis. Em outros termos, visa simplesmente dar cobertura às despesas urgentes de atendimento das vítimas dos acidentes automobilísticos, em risco permanente de vida. Daí a imposição legal da obrigatoriedade de seu pagamento até cinco dias após a apresentação dos documentos reveladores do sinistro e da qualidade do titular do direito. (RIZZARDO, 1997, p. 202)

É importante, entender a finalidade da lei para que se possa analisar o acórdão e entender se o Superior Tribunal de Justiça reconheceu ao nascituro a aplicação dos direitos patrimoniais independente do nascimento com vida.

2.1 CONTRATO DE SEGURO

No tocante os aspectos jurídicos do contrato de seguro, o artigo 757 do Código Civil de 2002, dispõe que o segurador, entidade legalmente autorizada, obriga-se a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados, mediante o pagamento do prêmio.

O contrato de seguro é classificado como bilateral, uma vez que prevê obrigações para ambas as partes, oneroso porque ambos os contraentes obtêm algum proveito. Caso ocorra o sinistro, o segurado é beneficiado com a garantia dada pelo contrato de seguro e o segurador recebe o prêmio. Quando o sinistro não ocorre, ainda assim não há descaracterização da onerosidade, eis que o segurado continua sendo contemplado pela proteção patrimonial. (VENOSA, 2006).

O contrato de seguro também é considerado aleatório. Segundo Caio Mário (2003, p. 68):

são aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento incerto.

Assim, a obrigação da seguradora fica na dependência de um acontecimento futuro e incerto. O segurado através do contrato é obrigado ao pagamento do prêmio do seguro, correspondente a uma prestação periódica, não se observando, em relação a este contraente, a aleatoriedade caracterizadora dessa espécie contratual.

Ainda, o contrato de seguro, é caracterizado como de adesão, uma vez que as partes não discutem as suas cláusulas, como normalmente acontece nos contratos tradicionais. Nesse caso, as cláusulas são previamente estipuladas por um dos contratantes, em regra as seguradoras e os segurados simplesmente aceitam as condições impostas e aderem no momento da celebração do pacto. Fica evidenciada a preponderância da vontade de uma das partes em relação à outra.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade é organizada e regradada pelo Direito, e em diversas situações ocorrem problemas e atritos entre as pessoas que infringem regras e leis, cabendo ao direito solucionar da melhor maneira esses conflitos.

Na ordem jurídica, ninguém pode lesar outra pessoa sem a consequência da imposição de uma sanção, seja esta de natureza civil ou penal.

A noção jurídica de responsabilidade, decorre da máxima *neminem laedere* de Ulpiano, limite objetivo da liberdade individual na sociedade civilizada, e caracteriza-se como aspecto inseparável da realidade social.

Como assevera Rui Stoco (2007, p. 114):

[...] a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever

moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*. A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. O sistema do Direito positivo repugna tanto a ofensa ou agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral.

Assim, quando uma ação ou omissão humana causa lesão a um interesse material ou moral de outra pessoa, é imperiosa a reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado, a fim de retratar o conflito e restabelecer o equilíbrio econômico e jurídico violado pelo dano.

Restaurar essa ordem pessoal e social desfeita é o fundamento da responsabilidade civil, que “[...] traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei” (STOCO, 2007, p. 116).

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 9):

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

A responsabilidade civil possui dupla função de garantir a segurança da vítima lesada pelo agente causador do dano e “servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos” (DINIZ, 2007, p. 9).

Conforme a natureza da norma jurídica violada pelo autor do dano, a responsabilidade civil classifica-se em contratual e extracontratual ou aquiliana. Esta verifica-se quando o prejuízo decorre diretamente da infração a um mandamento legal, isto é, a um dever geral imposto pelo Direito ou pela lei. Aquela, por sua vez, tem lugar quando o dano decorre do descumprimento de uma obrigação contratual previamente pactuada entre as partes.

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 26):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

A configuração da responsabilidade civil implica necessariamente, a coexistência de três pressupostos fundamentais, a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta do agente, nos termos do artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ressalte-se que a culpa em sentido amplo não se trata de requisito indispensável para o surgimento da obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem, mas sim de elemento accidental, uma vez que “poderá haver responsabilidade civil independentemente de sua aferição, em hipóteses especiais previstas de forma expressa em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano importar em risco para os direitos de outrem” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006).

Conforme prescreve o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se, pois, da responsabilidade civil objetiva, que prescinde da caracterização da culpa lato sensu e fundamenta-se tão somente no risco da atividade desenvolvida pelo agente.

De acordo com Silvio Rodrigues (2003, p. 11):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de

causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Assim sendo, a conduta humana geradora da responsabilidade civil, nas palavras de Maria Helena Diniz, consiste no ato “comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (2007, p. 38).

A voluntariedade, portanto, caracteriza-se como elemento essencial do comportamento humano que gera o resultado danoso. Sem ação ou omissão humana voluntária, não há que se falar em responsabilidade civil, nem mesmo na reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado.

Note-se, porém, que essa voluntariedade não se manifesta na intenção de causar o dano, mas sim no desígnio de realizar a conduta, “que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 27).

Conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 36):

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem.

A conduta humana causadora da responsabilidade civil pode ser comissiva ou omissiva. A comissão ou ação consiste na prática de um comportamento positivo, que não deveria efetivar-se, porque expressamente proibido pela lei ou pelo contrato. A omissão trata-se de atuação negativa, decorrente da inobservância de um dever legal ou contratual de agir. Em outras palavras, a omissão “surge porque

alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo. A sua essência está propriamente em não ter agido de determinada forma” (STOCO, 2007, p. 130).

O segundo pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil é o dano causado pelo agente. Sem prejuízo, não há responsabilidade, porque não há o que ser reparado. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização” (2004, p. 34).

De acordo com a lição de Maria Helena Diniz (2007, p. 59):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar. [...] Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

O dano consiste na lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 36). A noção de dano, portanto, abrange não só a diminuição ocorrida no patrimônio economicamente aferível de alguém, mas também a agressão aos direitos da personalidade, que embora não tenham expressão pecuniária imediata, são inerentes à condição humana e suscetíveis de proteção pela ordem jurídica.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 545):

Essa opinião sintetiza bem o assunto, pois, enquanto o **conceito** clássico **de dano** é o de que constitui ele uma “diminuição do patrimônio”, **alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.** (grifo nosso).

Nessa feita, o prejuízo experimentado pela vítima pode ser: material ou patrimonial, quando afeta os bens materiais e os valores econômicos que compõem o patrimônio da vítima, e moral, quando atinge “bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade” (STOCO, 2007, p. 128).

Para ser possível a percepção da indenização, o dano deve ter violado interesse patrimonial ou moral tutelado pelo Direito e que pertença a uma pessoa natural ou jurídica, bem como preencher os requisitos de certeza e atualidade.

O nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso é o terceiro pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade civil.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 45):

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Por fim, mesmo que exista responsabilidade civil sem culpa *lato sensu*, ressalta-se que esta decorre da violação voluntária de um dever de cuidado e compreende tanto a culpa em sentido estrito quanto o dolo. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a culpa em sentido amplo tem como fundamento a “inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atua o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito” (2006, p. 124).

2.3 O SEGURO OBRIGATÓRIO E A SOCIALIZAÇÃO DO RISCO

O seguro obrigatório foi imposto por lei com objetivo de socialização do risco, porque a indenização é devida, nos limites estabelecidos na lei, ainda quando o acidente de trânsito for provocado por veículo desconhecido ou não identificado e nas situações de veículos comprovadamente sem seguros – esta última hipótese foi incluída pela lei nº 8441/92, em alteração à lei nº 6194/74.

Nesse sentido, Cavalieri Filho resume essa característica (2007, p. 135.) :

Os riscos acarretados pela circulação de veículos são tão grandes e tão extensos que o legislador, em boa hora, estabeleceu esse tipo de seguro para garantir uma indenização mínima às vítimas de acidentes de veículos, mesmo que não haja culpa do motorista atropelado. Pode-se dizer que, a partir da Lei 6.194/1974, esse seguro deixou de se caracterizar como seguro de responsabilidade civil do proprietário para se transformar num seguro social em que o segurado é indeterminado, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, ou seja, quando assumir a posição de vítima de um acidente automobilístico. O proprietário do veículo, portanto, ao contrário do que ocorre no seguro de responsabilidade civil, não é o segurado, mas o estipulante do seguro em favor de terceiro.

A criação do seguro obrigatório inovou na ordem jurídica, alterando de maneira significativa os efeitos da estrita aplicação das normas de responsabilidade civil. Em casos de acidentes de trânsito, a obrigatoriedade do seguro resulta cada vez mais na procura do judiciário por parte das vítimas de pleiteando a indenização securitária em ações diretas contra as companhias de seguro, exercendo um direito próprio.

No Brasil, o seguro obrigatório consiste em um contrato de seguro direto de proteção desses sujeitos (motoristas e pedestres), esse contrato deriva da lei e é pactuado mesmo que de maneira tácita por todos os participantes do trânsito, correspondendo a um fundo coletivo de reparação a ser financiado por contribuições dos criadores dos riscos, que são os proprietários de veículos.

Vale ressaltar que ainda que a vítima receba a indenização nos termos da Lei nº 6.194/1974, também pode ajuizar ação contra o causador do dano, já que sua responsabilidade individual (aquiliana) não está eximida, assim o condutor poderá ressarcir a vítima de eventuais danos causados, desde que provada a sua culpa. Por fim, a cobertura do seguro obrigatório abrange apenas os prejuízos causados à vítima, e não exclui eventual responsabilidade do motorista.

Atualmente o fluxo de veículos automotores aumentou significativamente e na mesma proporção os acidentes envolvendo condutores e pedestres. Com efeito, é também cada vez maior o número de acidentes envolvendo gestantes e em muitos casos o aborto é a consequência. A indenização securitária de caráter obrigatório é fixada em lei e deve ser invocada para custear as despesas e reparar os danos. No entanto, a Lei nº 6.194/1974, como acima já detalhado, não disciplinou em seu texto

o valor a ser pago a título de indenização nos casos de acidente de trânsito que resulte em aborto.

Frente à omissão legislativa que não disciplinou casos de aborto decorrentes de colisões de trânsito e da crescente procura do poder judiciário para solucionar tais conflitos, bem como o aumento de acidentes envolvendo pedestres e motorista gestantes, é imperioso a análise do precedente judiciário que inovou e aplicando ao caso concreto o artigo 3, I, da Lei nº 6.194/1974 e concedeu a indenização por morte em casos de aborto, bem como o estudo da responsabilidade civil e do dever de indenizar no caso em tela.

3 O RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 –SC

Diante do contexto apresentado nos capítulos anteriores, envolvendo acidentes de trânsito envolvendo gestantes, busca-se analisar, sem a pretensão de esgotar a discussão, o caso de grande repercussão jurídica que alcançou a resolução de seu conflito através do provimento jurisdicional proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC, que, em resumo, a autora foi vítima de acidente de trânsito que resultou em aborto, propôs ação de indenização por morte nos termos do artigo 3, I da Lei nº 6.194/1974, em desfavor da Seguradora Líder.

Na inicial, alegou que o fato ocorrido, qual seja o aborto, aperfeiçoava-se a previsão legal de indenização, pois nada mais é que a morte do feto, morte intrauterina.

Em primeiro grau a autora obteve êxito, entretanto a parte ré recorreu e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, reformou a decisão sob o argumento de que o Código Civil brasileiro adotava a teoria natalista e que o nascituro não era sujeito de direitos, sendo indevida a indenização.

Resignada a autora apresentou o Recurso Especial, objeto de estudo desse trabalho, e teve seu provimento aceito por unanimidade.

Entretanto, os tribunais brasileiros ainda não encontraram um consenso sobre qual corrente doutrinária aplicar em tais situações (teoria natalista x teoria concepcionista), encontrando-se jurisprudências em todo o país que divergem sobre o direito a indenizações em casos semelhantes. Como exemplo podemos citar o acórdão nº 70022797542 de 2008, que concluiu não ser cabível a indenização por morte, nos termos fixados na lei do seguro obrigatório em casos de aborto, e o acórdão nº 70039737721 de 2010, que concedeu o direito a indenização a gestante que sofreu aborto após acidente de trânsito. Os acórdãos acima citados são Tribunal

de Justiça do Rio Grande do Sul e demonstram as divergências em nossa jurisprudência quanto ao tema abordado. (BRASIL, 2008) (BRASIL, 2010).

Em oposição à corrente doutrinária tradicional (natalista) e adotando uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como frente a constitucionalização do direito civil, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial nº. 1.415.727 – SC concedeu a indenização por morte, nos termos do artigo 3, I, da Lei nº 6.194/1974, para a autora que abortou após sofrer acidente de trânsito, ampliando a interpretação do conceito morte e a finalidade do seguro obrigatório, a fim de abranger ao feto a condição de pessoa. (BRASIL, 2014).

Tecnicamente a morte intra-uterina é denominada de aborto, mas essencialmente nada menos é que o fim da existência humana, a morte. Mesmo que alguns estudiosos do direito não considerem o nascituro sujeito de direitos e detentor de personalidade jurídica, não se pode negá-lo a condição de pessoa humana, cuja dignidade deve ser resguardada conforme os ditames constitucionais. (FIUZA, 2011).

Para maior compreensão do caso, colaciona-se abaixo a emenda do recurso especial:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: GRACIANE MULLER SELBMANN

ADVOGADO: JULIANE GONZAGA SCOPEL E OUTRO(S)

RECORRIDO: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A

ADVOGADOS: JAIME OLIVEIRA PENTEADO E OUTRO(S)

PAULO ROBERTO ANGHINONI

GABRIELA FAGUNDES GONÇALVES

FABIO OLIVEIRA SANTOS

ANA LUCIA MATEUS

EMENTA. DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. **EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.**

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, **o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de**

personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Frente os argumentos apresentados na emenda é possível perceber que o caso em tela não está pacificado na jurisprudência brasileira, bem como se faz necessária a discussão para maior compreensão e aplicação justa da lei em casos semelhantes.

A decisão do recurso especial nº 1.415.727-SC, demonstra que os Tribunais superiores têm adotado posicionamentos cada vez mais modernos e expandindo as interpretações do ordenamento jurídico. Em atenção a constitucionalização do Direito Civil, após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, houve uma ampliação dos direitos e garantias individuais, e o caráter patrimonialista do

código civil deixou de prevalecer, dando espaço para um novo enfoque constitucional do direito civil.

Após uma profunda análise do Recurso Especial nº 1.415.727-SC, fica evidente que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a melhor interpretação sistemática de todo ordenamento jurídico, com escopo de produzir justiça em *lato sensu* e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana e respeitando o direito a vida.

Para maior elucidação colaciona-se abaixo o voto do Ministro Luís Felipe Salomão, relator do recurso especial, que ponderou relevantes aspectos sobre o tema discutido, a começar pela explicação quanto à negativa do direito:

[...]

2. É incontroverso que a autora se vitimou em acidente automobilístico em 27.9.2009, quando então teve interrompida sua gravidez de 4 (quatro) meses, com a declaração de morte fetal. Pretende a condenação da recorrida ao pagamento de indenização por morte, com base no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.194/1974, com a redação então vigente, nos termos seguintes:

Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:

I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;

O acórdão recorrido negou o direito à indenização a partir da leitura feita do art. 2º do Código Civil, no tocante ao tratamento legal conferido ao nascituro.

A fundamentação, no que interessa, foi a seguinte:

Como se vê, a norma sub examine [art. 3º da Lei n. 6.194/1974] não disciplina a presente situação, limitando-se a, genericamente, determinar o pagamento de reparação no valor indicado na hipótese de morte de vítima de acidente de trânsito.

O Código Civil prevê no artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

[...]

O ordenamento jurídico, portanto, reconhece e concede ao feto uma categoria especial de direitos, os direitos chamados personalíssimos, v.g. direito à vida, direito à proteção pré-natal, dentre outros, mas os direitos patrimoniais são atribuídos apenas aos que nascem com vida.

Desse modo, conclui-se que a potencial genitora não faz jus à indenização em virtude do óbito do nascituro, principalmente porque a personalidade jurídica do feto somente advém do nascimento com vida.

Frise-se, outrossim, que nada impede venha ela a reclamar indenização por danos morais, em razão do cometimento de ato ilícito, algo porém, completamente distinto da indenização securitária do DPVAT.

[...]

Nessa linha, o nascituro detém mera expectativa de direitos em relação aos proveitos patrimoniais, cuja condição depende, diretamente, do seu nascimento com vida.

Nessa linha e em atenção aos argumentos deduzidos e ainda em consonância com o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, não se tratando de configuração do fato previsto no artigo 3º da Lei n. 6.194/74, impõe-se a reforma da sentença, conhecendo-se do recurso e dando-lhe provimento (fls. 179-180). (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Após deixar clara a fundamentação que negou o direito à indenização para a gestante, completa o relator, agora deixando claro que a questão em discussão importa na correta vinculação do nascituro ao ordenamento jurídico, ao deter-se na análise do art. 2º do Código Civil e seus desdobramentos.

[...]

3. Todavia, se bem compreendida a controvérsia, não busca a autora "direitos patrimoniais" do nascituro, como se tais direitos devessem, antes, ter sido transmitidos por herança à autora. Em outras palavras, não se está a vindicar direito sucessório - originariamente do nascituro -, mas direito próprio da genitora ao recebimento da indenização do seguro obrigatório DPVAT.

É que, no caso de morte, por razões óbvias, a pessoa do beneficiário do seguro - DPVAT ou qualquer outro - não coincide com a da vítima do sinistro. Embora ocioso ressaltar, o art. 4º da Lei n. 6.194/1974 (com a redação vigente à época) reconhece expressamente que a "indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais. Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados". Em linha semelhante, dispõe o atual art. 792, caput, do Código Civil.

Portanto, a questão a ser resolvida é saber se a autora - beneficiária legal do seguro DPVAT -, em razão da morte intrauterina do feto gestado, tem os "direitos patrimoniais" que lhe foram negados pelo acórdão recorrido.

4. A controvérsia passa, de fato, pela correta exegese do art. 2º do Código Civil de 2002:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

[...]

Em linhas gerais, as correntes doutrinárias que negam ao nascituro a titularidade de direitos potencializam a primeira parte do citado preceito legal, no sentido de que a personalidade civil da pessoa só se inicia no nascimento com vida. Por outro ângulo de análise, as teses que elastecem os direitos do nascituro enfatizam a parte final do dispositivo, a qual faz referência a direitos que são postos a salvo desde a concepção.

[...] Diante do intenso debate entre doutrinadores de peso, parece mesmo arriscado afirmar, peremptoriamente, que o direito brasileiro tenha adotado, no mais alto grau de pureza, tal ou qual teoria acerca da situação jurídica do nascituro.

Porém, a despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

Primeiramente, o art. 1º afirma que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", o que não impede que outros sujeitos/entes/situações jurídicas desprovidos de personalidade jurídica também o sejam, como é o caso da massa falida – a qual, pelo seu viés

subjetivo, configura a coletividade de credores –, condomínio e a herança jacente. Tais entes despersonalizados fornecem seguros sinais de que, do ponto de vista técnico-jurídico, se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa.

Outro aspecto a ser observado é o de que o Código Civil de 2002, mesmo em sua literalidade, não baralha os conceitos de “existência da pessoa” e de “aquisição da personalidade jurídica”.

Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a “personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que “personalidade civil” e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Onde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa começa”, se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento.

Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a “existência da pessoa”, o fez expressamente. É o caso do art. 6º, o qual assevera que “[a] existência da pessoa natural termina com a morte”, e do art. 45, caput, segundo o qual “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Tal circunstância torna eloqüente o silêncio da lei quanto à “existência da pessoa natural”, a qual, se por um lado não há uma afirmação expressa de quando se inicia, por outro lado não se pode considerar como iniciada tão somente com o nascimento com vida.

Portanto, extraem-se conclusões que afastam a ideia de que só pessoas titularizam direitos e de que a existência da pessoa natural só se inicia com o nascimento.

Porém, segundo penso, **a principal conclusão é a de que, se a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento, nascituro deve mesmo ser considerado pessoa, e, portanto, sujeito de direito, uma vez que, por força do art. 1º, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.**

Na mesma linha de que o nascituro é, verdadeiramente, uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil prevê a legitimação para suceder não só das “pessoas nascidas”, mas também das pessoas “já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

E mais, o direito de receber doação (art. 542 do Código Civil), de ser curatelado (art. 1.779 do Código Civil), a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro), e recentemente a edição da Lei n. 11.804/2008, que positivou os chamados alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe. (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Confirma a condição do nascituro ao buscar argumentos em outros ramos do direito, senão veja-se:

[...] a par dos citados exemplos, parece ser no direito penal que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”.

Nesse ponto, a doutrina criminalista indica com precisão qual o objeto jurídico de proteção na tipificação penal do aborto:

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63). (BRASIL, 2014, grifo nosso)

A discussão cinge-se em considerar o nascituro a partir da teoria concepcionista para este *leading case*.

Com efeito, ao que parece, o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela maioria doutrina contemporânea.

[...]

Ressalte-se, ainda, que o fato de nem todos os direitos poderem ser titularizados ou exercidos pelo nascituro não é relevante para a constatação de que o nascituro pode ser considerado uma pessoa, haja vista que nem todas as pessoas exercem de forma plena todos os direitos, como é o caso dos incapazes e presos.

De resto, ainda que se assim não entendesse – ou seja, ainda que se admita não ser o nascituro uma pessoa ou detentor de personalidade jurídica –, parece ter razão César Fiúza, para quem esse imbróglio conceitual pode ser solucionado satisfatoriamente com a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, para cujo desenvolvimento concorreu também Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Confira-se:

Tradicionalmente, é dogma na doutrina jurídica que só as pessoas são sujeitos de direitos. A partir da concepção de que a essência da personalidade é a qualidade de ser sujeito de direito, a partir daí, erroneamente, partiu-se do pressuposto de que só as pessoas seriam sujeitos de direitos. O pressuposto é, obviamente, falso. Qual seria seu fundamento? Dizer que a pessoa é ontologicamente um sujeito de direitos está correto. Mas daí dizer que o sujeito de direitos é ontologicamente pessoa não faz sentido. Pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra. Sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica. Pessoa é essencialmente isso, mas é muito mais, como podemos averiguar. Assim, toda pessoa é essencialmente um sujeito de direitos, mas o sujeito de direitos não é essencialmente pessoa. A essência dos sujeitos de direitos não é a personalidade, mas a titularidade de direitos e deveres na esfera do Direito. Isso significa que pode exercer, que goza de direitos e possui deveres, que lhes podem ser exigidos.

Partindo, pois, da concepção de que nem todo sujeito de direito será pessoa, chegamos à conclusão lógica de que os entes ditos sem personalidade, mas tratados como se fossem pessoas, por serem titulares de direitos e deveres, são, na verdade, e ontologicamente, sujeitos de direitos, exatamente por comungarem a mesma essência, serem titulares de direitos e deveres.

[...]

Os casos mais importantes, para cuja solução é necessário se invocar a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, são três, a saber, o nascituro, a herança jacente e a massa falida.

Em ambos os casos, não se cuida de um grupo de pessoas representadas por alguém, como o condomínio, o espólio etc. Cuida-se ou bem de um ser humano em gestação, pessoa in potentia; ou bem de um acervo patrimonial, de fato, acéfalo; quando nada, sem aparência de possuir dono.

O nascituro é um ser humano, em gestação no útero materno. O art. 2º do Código Civil é bem claro ao dispor que a personalidade humana começa do nascimento com vida. Sendo assim, o nascituro não é pessoa. Como entender, então, que possa ter direitos, como o direito à saúde, à vida, direitos sucessórios e outros? E é o próprio art. 2º do Código Civil que diz estarem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A explicação é muito simples: conquanto não seja pessoa, por não ter nascido, o nascituro já goza de direitos; é, portanto, sujeito de direitos sem personalidade (FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade . p. 13-17).

[...]

6. Por outro ângulo, cumpre frisar que **as teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.**

O paradigma no qual foram edificadas observava o cariz nitidamente patrimonialista dos direitos, razão pela qual se mostrava até mais confortável a defesa da tese de que o nascituro só detinha expectativa de direitos ou direitos condicionados a evento futuro, haja vista que se raciocinava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.

Porém, atualmente isso não mais se sustenta, uma vez que se reconhecem, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

Hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Ao final conclui o relator pela indenização do art. 3º da Lei n. 6.194/1974, pois tal preceito vincula-se à morte e em sua concepção outra coisa não ocorreu senão a morte:

7. No caso concreto, segundo penso, isso é o que basta para julgar procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

[...]

8. Finalmente, a natureza jurídica do seguro DPVAT também aconselha a solução aqui apresentada.

Cuida-se de seguro que se ancora em finalidade eminentemente social, qual seja, a de garantir, inequivocamente, que os danos pessoais sofridos por vítimas de acidentes com veículos automotores sejam compensados ao menos parcialmente, e ainda que pela figura do beneficiário. Visa, assim,

compensar danos das mais diversas categorias. (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Percebe-se a partir da leitura do voto que o relator dispõe de fortes embasamentos teóricos para fundamentar seu posicionamento, que foi favorável ao pedido da autora e teve seguimento dos demais ministros.

O centro da discussão é a pessoa vitimada, mas para chegar a essa conclusão, desenvolveu um panorama sobre a perspectiva do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, que, mesmo tendo resguardados direitos conforme o artigo 2º do Código Civil, não teria personalidade para aquisição de direitos patrimoniais, os quais estariam condicionados ao nascimento com vida, segundo as teorias mais restritivas natalista e da personalidade condicional.

Diante da especificidade do caso, quando o nascituro tem sua vida-intrauterina frustrada em razão de acidente, e considerando ser sujeito de direitos (a luz da teoria concepcionista) inclusive direitos esses decorrentes de sua morte, a parte autora (no caso a gestante) é legitimada para conduzir processo em seu nome a fim de proteger direitos e garantias que são suas.

O Ministro Relator Luís Felipe Salomão afirmou claramente que, segundo seu ponto de vista, “o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”.

Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao texto normativo do artigo 3º, I, da Lei 6.194/74, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

Mais uma vez, cita-se que o Código Civil, em seu artigo 2º que põe a salvo, desde a concepção (teoria concepcionista), os direitos do nascituro, tanto os da personalidade quanto os patrimoniais, a exemplo o artigo 1952 do mesmo diploma legal, que trata da substituição fideicomissária em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, o artigo 12 do Código Civil Brasileiro possibilita a indenização por danos à personalidade e em seu parágrafo único, prevê a indenização por dano à pessoa morta, bem como fixa os legitimados legais para requerer em juízo tal indenização.

Interessante notar que esta indenização pode ser tanto para aquelas lesões ocorridas quando a pessoa estava viva e ainda tinha personalidade jurídica e quanto para a pessoa já morta (a personalidade jurídica se extingue com a morte).

No caso do recurso especial em análise após o óbito do nascituro, a mãe é legitimada processual para requerer a indenização, atuando como autora do processo, pois requer direito próprio, qual seja, a indenização por morte (morte intra-uterina) de seu bebê, se é impossível restabelecer a condição anterior ao dano, se faz necessário o mínimo de compensação das dores da autora, nesse caso apenas será possível, através do pagamento da indenização por morte, nos termos do artigo 3, I, da Lei nº6.194 /1974, já que outra coisa não ocorreu se não a morte do filho gestado pela autora.

Portanto, pode-se verificar que é possível inferir que o Código Civil não exige, como condição *sine qua non*, a personalidade jurídica para a indenização por danos à pessoa.

Aplicando ao caso em análise, o nascituro detém expectativa de direito, mas direito adquirido pela concepção, e deve o direito tutelá-los. O feto tem adquiridos os direitos da personalidade, o que inclui o direito fundamental à vida e tal direito foi violado.

Vale lembrar, que o aborto está alocado no Código Penal Brasileiro no rol de crimes contra a vida, além de outros dispositivos já citados que levam entender que existe sim vida a partir da concepção e esta deve ser tutelada pelo direito.

Portanto, é perfeitamente possível a indenização nos termos do artigo 3, I, da Lei nº6.194 /1974, em casos de aborto oriundos de acidentes de trânsito.

Destaca-se que a finalidade da lei nº 6.194/1974 é eminentemente social e não apura dolo ou culpa, trata-se de seguro obrigatório com caráter de divisão dos riscos e todos os cidadãos brasileiros que se envolvam em colisões de trânsito possuem o direito de receber. Não deveria ser diferente, no caso em análise, já que todo o ordenamento jurídico brasileiro confere ampla proteção ao nascituro e que o dano foi incontroverso a autora (mãe), bem como o caso se subsume ao tipo legal perfeitamente, já que o aborto é juridicamente considerado morte.

No tocante a finalidade da indenização prevista na Lei nº 6.194/1974, o Ex. Ministro Presidente Raul Araújo em seu voto considerou que:

Como a reparação é tabelada em lei, no seguro DPVAT, não me parece que possamos necessariamente entender ser meramente patrimonial essa reparação. Ela tem, sim, parece-me, um cunho satisfatório, um cunho moral, reparador, de diminuir o sofrimento, a dor, enfrentados pela pessoa, porque, como é tabelada, mesmo no caso em que não haja morte, a vítima pode ter despesas muito maiores do que aquelas que o valor do seguro vai cobrir. No caso de morte, então, estamos falando de meros R\$13.000,00 (treze mil reais) por uma vida. Assim, essa indenização prevista no seguro DPVAT é, sobretudo, de ordem moral. É predominantemente de ordem moral. (BRASIL, 2014, *online*).

Não obstante, os argumentos apresentados na emenda e no voto colacionados ainda existe o aspecto do controle de convencionalidade.

A convenção dos direitos das crianças ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor em 23 de outubro de 1990, trata-se de um tratado de Direitos Humanos internalizado com base no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que possui status supra legal. (BRASIL, 1990).

Assim toda e qualquer norma interna brasileira que venha a contrariar as disposições de qualquer tratado internacional de Direitos Humanos com *status* supra legal deverá ser considerada formalmente ilegal.

Referida ilegalidade pode ser reconhecida pelos magistrados no bojo de processos judiciais concretos, independentemente de provocação das partes, haja vista que a ele cabe, em suas decisões, aplicar o Ordenamento Jurídico.

Nesse sentido, a convenção dos direitos das crianças dispõe que o nascituro é criança e tem o direito à vida. Destacando que todas as crianças têm direito à vida (artigo 6). E preceitua que “considera-se criança as pessoas tanto antes como após o seu nascimento”, conforme disposto no preâmbulo da convenção. Dessa feita, a decisão em análise se coaduna com a convenção ratificada pelo Brasil, bem como os princípios fundamentais em especial a dignidade da pessoa humana e o direito a vida. (BRASIL, 1990).

A aplicação das teorias restritivas ao início da personalidade e a proteção dos direitos do nascituro, fere o disposto da convenção dos direitos das crianças que considera criança a pessoa antes de seu nascimento e preceitua ainda, que todas as crianças têm direito a vida, portanto o nascituro é criança nos termos da convenção e tem o direito à vida resguardado.

Ressalta-se que o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter decidido por unanimidade o caso, não retira a importância e atualidade do tema, já que existem doutrinadores afirmando não ser essa a melhor exegese.

A partir da análise do recurso especial em tela, é possível concluir que a jurisprudência brasileira caminha rumo à adoção da teoria concepcionista nos Tribunais Superiores Brasileiros, ou ao menos uma maior flexibilização dos posicionamentos tradicionais frente a casos semelhantes, para que os ditames constitucionais sejam atendidos e as vítimas de acidentes de veículos mães/gestantes tenham o mínimo dos danos/dores reparados.

Resta evidenciado que o Recurso especial faz uma discussão de fundo sobre as teorias do início da personalidade, para abordar o tema do nascituro e sua aquisição ou não de personalidade, bem como se o nascituro pode ser ou não sujeito de direitos.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar procedente o pedido da autora, atuou na melhor interpretação do direito, buscando compensar o dano que inegavelmente a autora sofreu (o aborto). Ainda, no presente caso seria desmedido

e até injusto a tipificação ou o pagamento da indenização no parâmetro fixado nos casos de lesão corporal, já que conforme demonstrado através da interpretação sistemática e finalística o aborto se subsume ao preceito legal de morte

Concluiu-se que a possibilidade da indenização por morte a gestante que sofre aborto consequente de acidente de trânsito, não significa que o nascituro seja titular e transmita direitos patrimoniais, mas, apenas, que há uma interpretação sistemática e finalística do conceito de danos causados à pessoa humana e no caso concreto a morte do nascituro inevitavelmente causa um dano aos pais.

CONCLUSÃO

Diante da análise empreendida, o estudo do acórdão do Recurso Especial nº 1.415.727-SC, pode-se concluir que o Superior Tribunal de Justiça, criou um novo precedente para casos semelhantes e inovou na jurisprudência pátria, ao conceder por unanimidade a indenização por morte, nos termos do artigo 3º, I, da Lei do Seguro Obrigatório - DPVAT, a autora que sofreu aborto oriundo de acidente de trânsito.

O reconhecimento do direito a indenização a autora e toda a discussão teórica sobre os direitos ao nascituro e sua condição jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, levantou questões de fundo como o início da personalidade jurídica e da pessoa natural, bem como sua diferenciação, de suma importância para compreensão do caso analisado. Além das posições doutrinárias no tocante as teorias do início da personalidade jurídica.

O trabalho propôs realizar uma análise interpretativa do disposto no artigo 2º do Código Civil, “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”, bem como do artigo 3º da Lei do DPVAT que fixa o valor a ser pago em casos de acidentes de trânsito que resultem em morte a luz do caso concreto em discussão.

A doutrina civilista tradicional conceitua que o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade. Entretanto, o mesmo artigo, reserva os direitos do nascituro, desde a concepção, pois já se iniciou a formação de um novo ser humano.

Conclui-se a especificidade do caso em análise e a importância do presente trabalho, que em suma fez um estudo do novo posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que atuando na melhor exegese do ordenamento jurídico, a luz da teoria concepcionista, concedeu a indenização por morte ao caso de aborto oriundo de acidente de trânsito.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça fixou um novo paradigma, disciplinando que em casos semelhantes a solução que deverá ser adotada é a concessão do direito a indenização, já que não se trata de direitos sucessórios, mas de indenização de cunho essencialmente social, além de que no caso concreto houve perfeita subsunção ao preceito legal, o aborto nada mais é do que uma morte intra-uterina e portanto é plenamente possível a indenização por morte nos termos do artigo 3, inciso I da Lei de Seguro Obrigatório DPVAT.

Dessa forma, entende-se a posição adotada pelo Tribunal Superior de Justiça, no recurso especial nº 1.415.727-SC aplicou uma exegese do ordenamento jurídico em sentido amplo e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana e ampliando os conceitos de morte, para compreender o caso de aborto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. O início da vida. vol. 11. n.º 44. Rio de Janeiro: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2008.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BRASIL. **Convenção sobre os direitos das crianças**. Decreto-lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6194.htm>. Acesso em 5 de dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.415.727 – SC**. 4ª Turma. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento: 04/09/14. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.120.676 – SC**. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 07/12/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70022797542**. Novo Hamburgo. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Data do Julgamento 04/06/2008. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/21359/indenizacao-de-seguro-dpvat-por-morte-de-nascituro-direito-ou-expectativa-de-direito>. Acesso em 03 de fev. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. **AC 70039737721**. Porto Alegre. Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Data do Julgamento 09/12/2010. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/21359/indenizacao-de-seguro-dpvat-por-morte-de-nascituro-direito-ou-expectativa-de-direito>. Acesso em 03 de fev. 2016

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. **Teoria Filosófico-Dogmática Dos Sujeitos De Direito Sem Personalidade**. Minas gerais, 2011. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/teoria-filosofico-dogmatica-dos-sujeitos-de-direito-sem-personalidade-cesar-fiuza.pdf>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil – Parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil: parte geral**. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, S. de S. **Direito civil. Parte geral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.